

IN PROCESSV IACOBI DE IRIBARNE. SVPER IVRISFIRMA FACTORVM.

Por los herederos de Pedro Canelon.



EN la Iusticia original, que consiste, en si ex adiectione pacti de retroemẽdo censu ab eius venditore, siue de restituendo prætio emptori in casum non melioratæ hypothecæ, vel ob aliam culpam, mora venditoris contractam, sea el contracto del censo illicito in fraudem vsurarum, o por lo menos, rato manente censu, pactum ipsum tanquam fæneratitium, nullum, & inexequibile; no tengo que representar a V. S. mas de lo que representè en los papeles, que se le han dado de la primera instancia, que ganè en la Audiencia en conformidad de votos, quanto a la subsistencia del censo, y tres a dos, quanto a la del pacto. Aunque la razon y motiuo de los votos, que lo improbaron (como de los motiuos resulta) no consistio en lo que agora V. S. duda, sino en el punto crudo, de si el pacto de meliioranda hypotheca, y de recobrar el precio, caso que no se mejore, o caso que no se pague el censo per biennium, o otro semejante, contiene vsura, o implica con la substancia y naturaleza del censo, quæ nullo casu permittit emptori recuperationem prætij, cum illud demortuum, & irrecuperabile in venditorem transire debeat, nisi ille & iure luendi sibi reseruato, vltro vti, & censum extinguere velit. En lo qual, licet & nostri, & Theologi in duas extremas diuisi sint sentencias, segun las quales tambien se diuidio el consejo Real, pero en estos terminos V. S. casi en conformidad de votos tiene tan-

tas vezes, y en tantos processos tolerado, y aprouado este pacto, que no pienso, que en estos terminos dudara en su justificacion, no obstante, que Prætis *conf.* 10. *num.* 21. *centuria.* 3. y Gracian *cap.* 14. *discep. foren.* se alleguen de nueuo contra esta parte, los quales empero hablaron en terminos muy diferentes de la retroempcion del censo sencilla, y absoluta, que fue la opinion, que Gregorio de Valencia, Leonardo Lesio, y otros Doctores, que tengo allegados, tuuieron no solo por probable, sino por mas verdadera en lo especulatiuo, aunque la dissuadieron en lo practico. En estos terminos negò V. S. la firma Michaelis Nouella referente doctißimo D. Locumtenente D. Ioanne Francisco de Salaçar. Y en los mismos terminos hablò Prætis y Gracian *discep. for. cap.* 14.

Y quando aquestos modernos, o otros siguieran la contraria, nihilominus siempre quedara la nuestra por mas verdadera, mas recebida, y ya canonizada por ambos Senados del Reyno.

Dize empero V. S. que en el reconocimiento, que Pedro Canelon hizo al pacto y carta de encomienda, de que tratamos, se cometio libre, y absolutamente la facultad de extinguir los censos, y recobrar sus precios a Pedro Canelon por medio equipollente, pues el mejorar la hypoteca Iayme de Yribarne, quedò a todo contentamiento, y voluntad de Canelon; y asi con no contentarse de ninguna vniuersidad del Reyno, ni del mismo, quedaua a su voluntad repetir la suerte principal, y precio de los censos.

Pero con razon en esto aquellos señores que por la otra ordinaria improbaron el pacto, tiniendole senzillamente por feneraticio, no motiuaron, ni tuuieron dificultad en la sana y moral intelligencia de las palabras del pacto, *a toda su voluntad y contentamiento*, y espero, que sentira V.S. lo mismo. Lo primero, porque aunque la justificacion de los contractos en esta materia non se teneat ex modo exequendi, sed ex modo ineundi, pero supuesta la subsistencia del pacto in terminis simplicibus, & substantialibus, y la noble presumpcion de la ley, que suple las cosas, que en abono de Pedro Canelon, y del contracto, y de quan recebido esta, se huuieran prouado, si se huuieran dado defensiones, escusa in vtroque foro la buena fe, y probabilidad, aunque el contracto a parte rei fuera vsurario de la restitucion, que oy pretende Iayme de Iribarne, vt in pulchro casu late deducit Nauar. *conf.* 20. *num* 7. *de vsur.* De dōde al cons. 17. del mismo de empt. que V.S. represento por duda, se responde, que hablo data hypotesi, que el motu proprio de Pio Quinto super census creatione, estuuiesse recebido, y en quanto supone que nullo modo prætium census recuperari debet, se ha de entender simpliciter, pues causatiue

ob

ob moram, hypothecam me-liorandi, el mismo tuuo lo contrario en los lugares allegados en mi papel, y en quanto *d. cons.* 17. tuuo, que es improbable el pacto de obligar estos bienes, va conforme el motu proprio de Pio Quinto, o en el encuentro de otra opinion, si alias in viam iuris se pueden constituyr los censos con obligacion personal, que no es nuestra materia.

Y si bien la resolucion de Nauarr. *d. cons.* 20. *de vsur.* por qual quiera buena fe, seria peligrosa con hypotesi, que el contracto claramente fuesse vsurario, pero en nuestro caso, quæ ex veriori sententia, & rebus sæpe iudicatis, el pacto substancialmente es licito, y la buena fe tan corriente, y tã de apicibus iuris, como luego veremos, si las palabras de la con tracarta reciben el sentido que la duda las da, de voluntad irregulada, y absoluta, o de arbitrio de buen varon ex actus natura, & ob rationem subiectę materię, pareceme que puede y deue assegurar qualquier conciencia la resolucion de Nauarro, (varon tan pio, docto y riguroso) *in d. cons.* 20. *de vsuris. plura Gracian discep. foren. c.* 14. *nu.* 14.

Nec consuetudo & approbatio huius contractus tam rigide perquirenda est, vt etiam specifice dessideretur, cum satis sit quod in substãtia sit approbatus, y la firma Gasparis Ximenez de Samper se reuoco, aunque el pacto era de cõstituyr los cẽsos den tro cierto tiempo sobre Huesca, o Barbastro, o sus Cabildos, q̃ facilitaua la recuperacion del precio moraliter mas que en nuestro caso, & tamen pro iusto habitum, & approbatum fuit pactum & reuocata iurisfirma.

Digo lo otro, que las palabras de nuestra conuencion tuuieron mezcla de las que in viam iuris pueden importar arbitrio regulado, porque la palabra *contentamiento*, parece equipollente a las que latamente funda Menochio, que importan juyzio de buen varon *lib.* 1. *de arbitra. q.* 8. *ex nu.* 1. *cum multis seqq. & Gracian c.* 23.

Y no parece que ha de alterar la naturaleza desta palabra la nota vniuersal, que se le puso, ni la otra que se le añadio, *a todo su contentamiento y voluntad*, porque la fuerça esta, en que sea palabra de arbitrio de buen varon, mas que en la nota vniuersal.

Ad hæc, el aduerbio *libere*, tiene gran fuerça, & tribuit facultatem actum sua sponte expediendi, vt ex bonis authoribus, & nostris late comprobat Menoch. *q.* 7. *nu.* 34. y con todo esso, el que tuuiesse facultad libre, non adhuc iniuste arbitrari potest, vt ex Anchar. *in clemen. sæpe vers. quæritur de verbor. sig. docet Card. Manti. de tacitis & ambig. conuen. lib.* 12. *tit.* 21. *nu. fina.* y aunque replico V. S. que esto podra proceder en el Iuez, del qual hablaron Anchar. y Mantica, & ita distinguere videtur Menoch. ipse *d. q.* 7. *nu.* 36. Pero tambiẽ procede en lo extraiudicial, y en los contractos, y entre particulares, hic enim, quod remissum fuit *a total contentamiento*, y voluntad de

de Pedro Canelõ;no fue el recobro del dinero,sino la satisfacion y seguridad de las nueuas hypothecas y censos, y aunque del no contentarse dedita opera,podria resultar lo otro,pero de mas que interim præsumendum non est, aun aqueste total contentamiento deue entenderse intra gradus, & cancellos optimæ, aut supræmæ securitatis dabilis, & possibilis moraliter,vt optime,&in indiuiduo aduerbio *libere*,quo irregularior, & trãscendentior,ac liberior voluntas præ se fertur,quam ex nostris verbis,*a todo contentamiento y voluntad*, quod videlicet,nec in contractibus non excludat exceptionem,prouenientem ex natura actus, & subiectæ materiæ, *ex l. quæro ff. locati, & Alex cons.80.nume.12. in 1. & Gozadin.cons.58.num. 22. decidit Rota Seraph.decis.576.n.4.in pulchro casu. Promisit enim quidam ibi officium libere restituere,& dubitatum extitit,nunquid libere videretur restitutũ,ex eo quod restituebatur obligatum, & decisum fuit illud pactum, & verbum (libere)non exclúdere eas obligationes, quæ ex locationibus oriebantur*, cum illæ ex natura officiorum fierent.

Y aquesto procede assi en el Reyno como en terminos de derecho comun;cum tractemus de interpretatione declaratiua horum verborum, proueniente ex iuris dispositione, inuestigando veritatẽ sermonis, y esta interpretaciõ nũca se quita por el estatuto standum est carthæ. vt pulchre Aldera. Mascard.docet de general. statutor. interpre. *conclus.* 2. *num.* 80. rationem assignans his verbis. *Quia talis interpretatio diceretur literalis, & de mente statuentium, & appellatur interpretatio significatiua, & non censetur reiecta a dicto statuto,* iuxta ea, quæ animaduertit Bal. *de statutis. verbo. interpretatio. num. 9. 10. & 14. & notatur in cap. exiui de Paradyso. & in cap. exit qui seminat. de verbor. signifi. in 6. idem Bald. in l. iubemus.§. fina. C.ad trebellia.&c.* Et pulchre Alex. *d. cons.*80.*num.* 5. *in* 1. sequutus Baldum *in l. omnes populi.de iusti.* & iure docuit, quod si statuto cauetur, quod omnia statuta præcise seruentur, quod nihilominus recipiunt interpretationem à glossa, & à lege, licet non ab homine. *ex l. quamuis. C. de adulter.* & quia etiam verbum *præcissum,* recipit interpretationem laudabilem. *l. stipulatus sum Damam. de verb. obligation.* vbi late Iaso, quem sequitur additio marginal. Alexan. *d. cons.*80. *litera.D. per text.in l.licet autem.ff.de arbitr.* & Rolandus *cons.* 61. *num.* 54. *& sequentibus in* 2. vbi propterea docet in indiuiduo quod etiam, verbum, *omnimodam* voluntatem,iustam interpretationem recipit, ex iuris dispositione,& actus natura.

Y no ay que dudar, en que la exposicion que damos a las palabras, *A todo su contentamiento y voluntad.* Y aunque fueran otras, que la importaran mas libre, como fuera el aduerbio *libere*, no excluyan la interpre-

terpretacion expositiua de derecho, que las contiene intra cancellos subiectæ materiæ. *l. Iulianus. aliàs si hominem. §. fina. cum l. sequenti de rei vendi*, vbi Angel.

Nec oberit tunc si summo & stricto iure replicetur, que segun los mismos Doctores, y Gozadi. *d. cons.* 58. *num.* 22. aquesta exposicion sea restrictiua; porque mas propriamente se llama declaratiua, è interpretatiua; vt ex antiquioribus docuit Aldera. *d. conclus.* 2. *num.* 80. Y quando fuera restrictiua, como no la restriña el Iuez, sino là ley, eius expositionem insequutus iudex, carthæ præcise stitisse censebitur. Porque tambien es de la carta el entendella toda junta, ajustandola con la sujeta materia, ad quam verba ex verbis quoque, & mente præcise includunt respectum. Vt ex authoritate Baldi *in d. l. Iulianus. aliàs si hominem. de rei vendi. Alex. obseruat cons.* 140. *num.* 2. *versic. nec prædictis obstat. in* 7. quem sequutus fuit Gozad. *d. cons.* 58. *num.* 22. Alexandri verba sunt eiusmodi. *Quia respondeo, prout dicit Baldus in d. l. Iulianus quod verba ista (pleno iure) absolutè posita, & non respectiuè, dicuntur importare plenitudinem, secus vbi posita sunt in aliqua materia respectiuè: quia ratio subiectæ materiæ, facit, quod aliud importent, vt ibi per eum.* De donde a nuestro proposito, la conuencion tiene dos cosas. La primera, que Iayme de Iribarne huuiesse de mejorar las hypothecas. La otra, que huuiesse de ser a todo contentamiento y voluntad de Pedro Canelon, y que no lo haziendo por via de retrouendicion, o de luycion, huuiesse de quedar libre dellos Iribarne, y Canelon con la comanda pudiesse repetir la suerte principal, y precio dellos. Cum igitur verba, quæ scrupulum generant, absolutè non fuerint interiecta, sed respectu securioris, aut securissimæ aliorum censuum constitutionis, quamuis hæc securitas liberrimè commissa fuerit voluntati Petri Canelon, à lege nihilominus, & à subiecta materia restringuntur, siue potius intelliguntur, vt non protendantur extra cancellos optimæ alterius constitutionis censualium, vt habilis, & possibilis ex Regni consuetudine.

Ni obstan contra aquesta resolucion Estephano Gracian, *discep ta. forens. c.* 23. *& Petrus Surdus cons.* 380. que V. S. represento por opuestos a ella. Porque Gracian supra, nec non & Surdus in diuerso themate versantur, ille enim disputat, an licentia data à testatore disponẽdi alte, & bassæ quantum placebit, comprehendan arbitrio de buen varon, o irregulada voluntad, y la disputa era alli la mezcla de las palabras, que aquellas (alte & bassæ) præ se ferebant absolutam voluntatem; y la palabra (*placebit*) regulada, y en esto refiere encontradas opiniones, como tambien Surdo, *d. cons.* 380. *ex num.* 37. Pero que seria quando verba hæc arbitrij, & voluntatis, vel etiam so

lius voluntatis liberrimæ ex subiecta materia, & necessario respectu contrahuntur, declarantur, & ex benigna, æqua, & necessaria iuris expositione passiuè interpretantur: sic vt significationem propriam, quam de perse, & simpliciter prolata essentialiter, amittant, & a iure ex subiecta materia, & addito respectu in diuersam æqui; & boni viri arbitrij transformentur.

Y assi han de preualecer las doctrinas que distinguen ex ratione subiectæ materiæ, & ob respectum quem includunt, que tambien contrahen la nota vniuersal *omne, quidquid & similia.* Porque las palabras que alias sonaran en arbitrio de buen varon, como en nuestro caso aquella, *a contentamiento*, suelen exceder su significacion, vt ex Surdo *d. cons.* 380. *nu.* 37. *obseruat Gracian d. c.* 23. *num.* 17. pero quando precisamente la subiecta materia y respecto con que se prefieren, las reduze a arbitrio de buẽ varon, retienenle, no obstante la nota vniuersal, pro quo sunt puntuales determinationes Bald. Alexan. Ioan. de Gozadi, & aliorum supra, y la nota vniuersal, *quicumque, omnes, quidquid, omne, & aliæ*, de quibus per Gracian, & Surdum supra; conferuntur, & remittuntur in casibus suis substantiæ dispositionis, in nostro vero casu, la disposicion substancialmente era cierta, y determinada, que es, que se ayan de cargar nueuos censos por mejorar la hypotheca de los primeros, la calidad, o circunstancia sobre donde, se cometio a Pedro Canclen con palabras permixtas de arbitrio de buen varon, qual era *contentamiento*, que corresponde a aquella, *prout sibi placebit*, *Abb. in c. quinta Vallis num.* 32. *de iur. iuran. cum alijs per eundem Gracian d. c.* 13. *ex nu.* 4. Demos que la alterara la nota vniuersal *a todo, vt ex eod. Abba. & Surdo supra docet idem Gracian ex nu.* 16. pero bueluela a contemperar, y contener intra cancellos iusti, & de qui arbitrij, la razon de la sujeta materia, y el respeto, que incluyeron ex actus natura, y aliàs seria destruyr la substancia del pacto.

Que por el motiuo y fundamento, que segun las dos sentencias opuestas de los Theologos, y de los nuestros, si el pacto que contiene indirecta retrocompra del censo, y recobro del precio, los Señores del Consejo se diuidiessen tres a dos, y que en tantos exemplares como V. S. ha hecho en todas las firmas, que refiere el Señor Regente Sesse *decis.* 115. aya auido quien entendiesse que el pacto por esta razon era feneraticio, è improuado, non tam mirandum videretur, como que quedando oy tan calificado con tantas sentencias de V. S. que como han sido en diuersos tiempos, in quibus sederunt diuersi Domini, entiendo que vienen a ser mas, que de pleno consejo. Y auiendola calificado la Audiencia Real en la primera instancia de este pleyto, à maiori parte, agora, velut in portu pateretur naufra-

fragium, por vna coſa tan delgada y ſubtil, como auerſe concebido el pacto de conſtituyr los nueuos cenſos, mejorando la hypotheca de los primeros por aquellas palabras, o por eſtotras, a que menos los contrayentes ſuelen atender, ex quibus plane cenſeo, non obſtante dubitatione denuo ſuſcitata, iurisfirmã Iacobi de Iribarne fore repellendam, ſub grauiſsima Dominationis veſtræ Cenſura.

Michael Paſtor.